

## 渉外取引と行政権

越 川 純 吉

序 国家介入主義と渉外取引

一 行政権の介入

二 渉外取引法と渉外行政法の交錯

三 行政権介入の渉外取引と準拠法一

民事法の衝突と行政法の衝突

(1) 貿易に対する行政権の介入

(2) 消費者保護と渉外売買

む す び

### 序 国家介入主義と渉外取引

現代は高度産業経済のため、自由放任経済を無制限に行うと、一般の人々に悲惨な結果が生じて来た。その結果を避けるため、国家は福祉・教育・食糧・土地建物・衣料などに介入 (intervene) し、一般の人の利益を守り、増進するようになった。これを国家介入主義と云う。国家の介入が経済生活の規格化と組織化とに進めば、公法と私法との区別を不明瞭にする。この介入主義が貿易その他の渉外取引に及んで来て居る。厳格な意味で国家が当事者となる国際取引を含めないで、渉外取引すなわち渉外社会生活関係における取引を採り上げる<sup>1)</sup>。渉外取引について、国家も渉外利益社会が維持発展するため、完全な自由放任に依っては達成出来ない<sup>1)</sup>ので、色々介入するようになった。殊に国家が福祉国家の理想を達するため、行

政権によって涉外取引に介入するようになった。

〔注〕

- 1) 越川・国際売買の特色—貿易・動産売買, 契約法大系11 (贈与・売買) 322 頁以下参照。

### 一 行政権の介入

行政法則は、法規を制定する機関の権限の及ぶ地域に効力がある。その地域の外に効力がない。そしてその地域内のすべての人々に適用される。行政法規は原則として属地法である。日本人であると非日本人であることを問わないし、自然人であると法人であることを問わない。各国の行政法は、その国の歴史・政治・経済の状態の差違に基づき異なる。<sup>2)</sup> 勿論涉外取引に対しても各国の行政上の介入が異なる。先づ社会主義体制で国家が涉外取引を行う場合行政行為の性質を帯びよう。次に自由主義体制では取引自体に対する介入と取引企業の法人形式 (例えば合弁会社その他多国籍企業) の規制による介入とが考えられる。別言すると、企業活動に対する介入と企業主体とに対する介入である。こゝでは企業活動すなわち涉外取引に対する介入を取扱う。そして国際連合その他の国際機関は、各国に統一した活動規範をつくる運動をおこしている。<sup>3)</sup>

〔注〕

- 2) 田中二郎・行政法総論 (法律学全集 6) (昭和32年3月初版) 185頁以下に「近代法治国家は、自由主義的な市民的法治国家 (bürgerlicher Rechtsstaat) として誕生した。これは、いうまでもなく、当時の社会経済的地盤を背景とし、市民の要求に基いて生れたものであった。そこでは、国家 (Staat) からの社会 (Gesellschaft) の分離独立を要求し、社会の自由自律法、すなわち、私的自治 (Privatautonomie) の原則を確立し、これを私法の支配する分野として、あらゆる国家権力の介入を排除しようとした。国家はこのような法秩序の維持に当る外、行政権の主体としては、社会の秩序を維持する等の最小限度の使命を果せば足りる」と考えた。国家は、夜警国家 (Nachtwächterstaat) 又は秩序国家 (Ordnung)

gsstaat)であるべきだとした。従って、この時代の行政法は、行政権発動の限界を劃することに重点をおき、行政権は、民主的に制定された法律に基き法律の定めに従ってのみ、市民の権利自由に介することができるものとした……ところが、高度資本主義の発達に伴い、従来の政策は、国際的には行きづまりを生じ、国内的には、幾多の弊害を伴うことになり、もはや従来の伝統的な考え方を維持することができなくなった。私人間の関係だからといって私的自治に放任することも許されなくなった。国際的には、自国の産業の保護を図り、経済の健全な発達を期するための対策を考え、国内的に、国民に、職を与え、衣食住を給する等、最低限度の文化的生活を保障するための対策を講ずる必要に迫られることとなった。国家は、単に秩序の保障者に止まるべきものではなく、国民にサービスを提供し、国民の福祉を保障すべき奉仕国家 (Leistungsstaat, service state) 又は福祉国家 (Wohlfahrtsstaat, welfare state) たるべきことが要求されるに至った。その結果として、行政の内容は著しく膨大化し、その性質にも重大な変化が生じた。これらの行政が、民主的な法律に基いて行われなければならないという意味において、法治国家の原理は維持されるとはいえ、それは、もはや、かつての市民的自由を確保するための市民的法治国家 (bürgerlicher Rechtsstaat) に止まること得ず、積極的な行政権の介入による社会的正義の実現をめざす社会的法治国家 (sozialer Rechtsstaat) たるべきことが要請されることとなった。そこでの行政に関する法律は、もはや行政権の発動を抑制し限界づける法律に止まるべきものでなく、行政の目的を指示し、その発動の基準を定めるべきものであることが必要になった。」と夜警国家から福祉国家になるにつれ、行政権の介入の変遷を簡明に説明している。たゞ私的自治の原則との関係については十分でない。高度産業の時代に入り個人の自治が形式上になったのに対し、個人の自治が実質上達成されるよう変化したことに留意すべきである。涉外取引に対する行政権の行使は、涉外取引の基盤である涉外利益社会の維持発展にある。一国だけの社会を目当てにするのではない。

今村成和・企業活動の公的規制には、「資本主義経済が自律性を失うにいたった今日においては、いかなる資本主義国家においても多かれ少なかれ、直接または間接に経済活動に対する公的介入が必要となっている。このような経済活動に対する公的介入を目的とする法律を経済法と呼ぶ」とし、このような経済的規制として、(1)独占禁止法・(2)経済統制・(3)公益事業規制・(4)中小企業保護・(5)個別産業保護・(6)消費者保護をあげる(現代の企業、総合特集シリーズ14、法学ゼミナー増刊138頁以下)。なお今村・経済活動と行政介入、ジュリスト行政法の争点318頁以下参照。この立場では、本問題は涉外経済法となろう。俵静夫・行政権と基本的人権(行政法講座第1巻昭和40年再版)215頁以下は、明治憲法では、ドイツの法治国家(Rechtsstaat)、昭和憲法では英米式法の支配(Rule of Law)

の各原則のもとにそれぞれ行政の発展があった旨を説く。柳瀬教授は同講座187頁以下に法治国家を説明する。なお、土井輝生、国際契約と官庁の許可、ジュリスト法律学の争点シリーズ8国際私法の争点101頁参照。

3) 第18回国際法律家会議 (The International Bar Association's Eighteenth Conference) は、1980年8月24日から30日まで開催され、その主題 (main topic) の一つとして、渉外企業に対する国連行動規範 (Code of Conduct of United Nations for Transnational Corporations) を採り上げた。内田忠夫、経済政策と行政改革、法律時報臨時増刊1981年3月行政改革、56頁に「第三世界が主張する新国際経済秩序の構成要素の中に、天然資源の恒久主権の要求があるが、これはその国に存在する資産をもし外国人が所有するならば、それはなんらかの形で接収することあるべしと宣言したことになる。実際OPECの価格戦略が成功した基礎は石油資源の国有化にあったといつてよい。」と説く。かくて、渉外取引法は取引活動規範ならびに国家の主権免除問題を取扱うことになる。

渉外取引に対する行政権の介入の類型に行政指導と法による介入がある。法による介入には貿易関係法令・独占禁止法・消費者保護基本法などがある。又自国の介入と外国の介入とがあつて、後者に一国の介入と多国の集団介入とがある。例えば、ガット (関税・貿易一般協定)、東京ラウンド (多角貿易交渉) のなかで日米両国とも87年までに半導体集積回路 (IC) の関税を4.2%にすることに合意することを挙げられるよう<sup>4)</sup>。外交交渉は外国行政権の介入である。渉外取引法が統一されている場合には、統一法の適用の問題であるが、各国において民事取引法と行政法規とが異なる場合には、どうなるかが次に問題になる。

〔注〕

4) 日米は1981年1月キャプシャシー (荷台無しで運転席付きの車台) について、ガットに基く二国間協議をした。なお、イギリス議会在1980年3月20日議決した The Protection of Trading Interests Act, 1980, c 11. 参照。

## 二 渉外取引法と渉外行政法の交錯

民事取引法と行政法とが共に各国により異なる場合に民事法の衝突と行政法の衝突とが生ずる。民事法の衝突の場合の選定法則は日本に法例がある

ように各国に法規・判例法があって割合発達している。これに反し行政法規に大陸型と英米型とがある上に、その衝突の場合には、選定法則が発達してない。ここに涉外取引に対し行政権の介入の問題には、新しい困難にであうわけである。行政法則と法の選定法則との関係は、原則として行政法規は属地性を有する。行政法規の適用される地域では、涉外取引もその法規に服することになる。たゞ行政法規の域外的効力を有する場合例えば独占禁止法には非常に困難な問題を生ずる。行政法規の福祉国家における目的と涉外取引社会の維持発展の目的とによって解決することになる。

〔注〕

5) 越川・行政法(土井輝生編アメリカ商事ハンドブック)146頁以下、杉村章三郎・国際行政法、行政法講座第1巻319頁以下参照。

### 三 行政権介入の涉外取引と準拠法

民事取引法の衝突と行政法の衝突との問題が行政権介入の涉外取引に生ずる。その解決は、民事取引法の衝突では、当事者自治の原則を実質上実現し、人の利益のためにすることが根本原則である。涉外行政法の衝突には、涉外取引社会の維持発展につくすことが目的であって、人の所属利益社会と外部利益社会とを越えて成立する涉外社会を破壊しないため、所属社会と外部社会とを共に維持するように法の規制があるべきである。すなわち、涉外取引社会の維持が涉外民事法と涉外行政法とを包含する涉外法の公序である。涉外法には、涉外関係を直接規定する涉外事項法と法の衝突の場合に準拠法を選定する涉外選定法（いわゆる国際私法）とがある。共に涉外生活の維持を目的とする。選定法則を単に形式論理として理解し、選定基準につき涉外法の目的を抜きにする考え方は、行政権が涉外取引に介入する社会状態の変化に対応できない。涉外取引法においても、目的の導入は当然である。<sup>6)</sup>

〔注〕

6) 越川・涉外民事事件の諸問題、司法研究報告書第17輯第1号21頁以下参照。

今問題になっている貿易と消費者売買との二つの場合を検討しよう。

(1) 貿易に対する行政権の介入

日本企業が自動車・電子機器・光学製品・造船などの分野で業績を挙げ輸出実績を伸ばし、外国のなかの輸出国に多くの問題を起こし、貿易摩擦と騒がれている。販売上の問題・生産能力の縮小に伴う人員整理とが問題になった。日本としては、摩擦を避けるため、特定国の市場の輸入吸収力を調べ、均衡のとれた輸出政策をとるべきである。相手国の生活を破壊するようなことがないようにしなければならぬ。自国の社会と他国の社会とが共存していかなければ、自国の存立さえできなくなる。他国に報復戦略の保護を起さすべきでない。こゝでも<sup>7)</sup> 渉外経済社会の維持が渉外利益社会の公序であるといえることができる。

貿易法令の基本法としては、外国為替及び外国貿易管理法（昭和24年法律第228号）と輸出入取引法（昭和27年法律第299号）を挙げることができる。<sup>8)</sup> 前者は対外取引が自由に行われることを基本とし、対外取引に対し必要最小限度の管理又は調整を行うことにより、対外取引の正常な発展を期し、もって国際収支の均衡及安定を図るとともに我が国経済の健全な発展に寄与することを目的とする（第1条）。後者は不公正な輸出取引を防止し、並びに輸出取引及び輸入取引の秩序を確立し、もって外国貿易の健全な発展に寄与することを目的とする（第1条）。両法によって内外需給の調和のとれた均衡安定の経済を目指し渉外利益社会の維持発展を期待している。

〔注〕

7) 中日新聞昭和56年5月1日附夕刊第1面に「日米自動車折衝が決着」との大見出しで、1日午前の田中通産省大臣とブロック米通商代表との間で行われた第二回会議で合意に達したと報道している。その合意の内容は下記のとおり。

① 対米乗用車輸出の抑制を1981年4月1日からスタート、来年3月末までの初年度は168万台とする。

② 82年4月からの二年目は米市場の前年比増加分に一定率（16%強と米側の了承を得た）を乗じた数字を168万台に加算する。

③ 83年4月からの三年目は二年後経過後の段階で輸出規制を継続するかどうか検討する。

④ 行政指導に法的拘束力を加味した抑制方法を実施するのは最初の二年間だけとし、三年目は原則として輸出動向を監視していくにとどめる。

政府はこの日本側の輸出抑制策が米独占禁止法に低触しないとする米司法長官の書簡が届き次第、これを公表する。一方通産省は、初年度168万台を対米輸出7社分に割り振る作業に直ちに着手、五月末までに各社別ガイドライン（行動目標）としてまとめる。それとともに同省機械情報産業局長名で通達を出し、輸出メーカーに対し輸出計画の提出、政府のガイドラインに合わせた計画の調整、事後報告を義務付けることともに、輸出台数がガイドラインの限度を超える場合には、輸出貿易管理令を発動するという政府の意思を明らかにする。

日本政府は、昭和56年5月8日に、米司法省スミス司法長官の7日付大河原駐米大使あて書簡を発表した。その内容は次のとおり。①通産省によって指示された輸出制限に日本メーカーが従うことは日本政府の主権行使により強制されたものである。②従って米独禁法違反を引き起こさない。③米国の裁判所も同様の見解を持つだろうと信じている。通産省は、今後日本メーカーが対米輸出規制を実施するに当たり、懸念されていた日本メーカーに対する米独禁法違反提訴を未然に防止する効果があるうえ、仮に提訴されても、同見解を法廷証拠に使えるため、早期に勝訴に導ける、（中日新聞昭56・5・9朝刊〔6〕面）。かように楽観できようか。殊に外国主権行使により法違反にならないとは断定できないだろう。司法長官の見解に法上の効力はない。敗訴した場合にはどうなるのか。勝訴した場合でも、訴訟費用は敗訴者の負担になるとしても関連費用はどうなるか。「わが国自動車業界は、政府による対米輸出規制に同意する条件として、米独禁法に抵触しないという保証を米政府から取りつけるよう求めていた。」（同紙、同日同頁記事）。この条件によって、日本政府に責任がなくなるというのであろうか。日本の自動車業界としてもこの条件をつけたことが事実とすると、誠に不見識なことである。

以上の記事により明かなとおり、自動車輸出が国家間の外交交渉により政府介入が行われ、アメリカの法令、日本の法令および行政指導が介入するに至ることになる。日本としては、自動車生産をしない発展途上国向け輸出に力をつけることになる。そして、アメリカで現地進出か合弁事業の強化になる。しかし、自由貿易主義が通産省の介入によって崩れるだろう。

更に「米商務省が日米通商円滑化委員会（TFC）、米国務省が日米高級事務レベル協議をもっている上に、米通商代表部（USTR）が日本政府との間に通商協議の組織をもっていないので、同部代表ブロックが昭和56年4月30日、日本に『日米貿易問題調整機構』の設置を提案する意向」と新聞は報じている（中日新

聞昭和56年4月29日朝刊〔6〕面)。日米通商摩擦に対し、日米政府協議機関でも設置されることになると、政府管理貿易になる。

国際分業について変化があらわれている。例えば、1973年の石油ショック以前は、大型車はアメリカ、小型車は日本、欧州と水平分業型であった。石油ショック後は、世界市場が小型車に需要が変って来た。自動車の部品の優劣による混合部品小型車の製作をするようになるだろう。部品の分業である。外国がエレクトロニクス技術により生産された日本製部品を使い、他の部品について外国品を使い、内外部品の混合車をつくる。半導体集積回路（IC）の「相互乗り入れ」の状況について、日本電気・富士通・日立・東芝などが米国に資本進出して現地生産をし、米国のテキサス・インスツルメント、モトローラ・IBMなどが日本に進出している。日本のIC対米貿易は、1980年輸出724億円、輸入696億円と初めて出超に転じた。

- 8) 外国為替及び外国貿易管理法の附属法令として、外国為替管理令（昭和55年政令第260号）・対内直接投資等に関する政令（昭和55年政令第261号）・輸出貿易管理令（昭和24年政令第378号）・貿易管理令（昭和24年政令第414号）などがある。輸出取引法とともに対外取引の健全な発達をはかる法律として輸出検査法（昭和32年法律第97号）・輸出保険法（昭和25年法律第67号）・輸出中小企業製品統一商標法（昭和45年法律第85号、具体的に海外市場における声価の向上のため、統一商標の使用の保護を目的とする）などがある。なお、アメリカの1979年 Export Administration Act 参照。

## (2) 消費者保護と渉外売買

大量の生産販売が技術革新の波によって強化され、消費者は企業との間の取引が実質上不平等になり、消費者が広汎な損害を蒙ることになり、消費者保護の問題が社会上採り上げられ、消費者行政がこれに取り組み、行政権が介入するに至った。<sup>9)</sup>

### 〔注〕

- 9) ROBERT O. HERRMANN, Consumer protection: Yesterday, Today and Tomorrow, Current History, vol. 78, No. 457, May 1980, pp. 193ff.

自由と正義32巻4号消費者保護をめぐる諸問題に掲載の文献、根岸哲・消費者行政と行政改革、1981年3月法律時報臨時増刊号113頁以下、松下満雄、独占禁止法と消費者の権利、法の支配44号3頁以下参照。

日本において消費者行政を実現する法令としては、昭和43年の消費者保



護基本法（法律第79号）の制定，それに基づく危害防止の領域で昭和48年消費生活用製品安全法・家庭用品規制法・化学物質規制法，安全規制の対象として，昭和47年食品衛生法4条の二の新設，昭和54年薬事法の改正・医薬品副作用被害救済基金法（昭和54年法律第55号），規格，表示の適正化の領域では，昭和45年農林物資規格法の改正・不当景品類及び不当表示防止法の昭和47年の改正，公正な自由競争の確保の領域では，昭和52年の独占禁止法の改正，生活関連物資等の買占め及び売惜しみに対する緊急措置に関する法律（昭和48年7月6日法律第48号，改正昭和48年法律第121号），国民生活安定緊急措置法（昭和48年法律第121号）・石油需給適正化法（昭和48年法律第122号）の制定・物価統制令（昭和21年勅令第118号）を挙げられる。契約の適正化の領域では，昭和51年訪問販売等に関する法律・割賦販売法の昭和47年の改正・宅地建物取引業法の昭和46年・55年の改正などがある。かような消費者行政法令は涉外取引に対し如何に介入するかを吟味する必要がある。直接に消費者保護を目的とする法令を採り上げる。間接に消費者保護になる法令を採り上げない。

ヘーグ国際私法会議第14会期（Hague Conference on Private International Law Fourteenth Session）は，昭和55年10月，消費者売買に関する決議を動産の国際売買の準拠法に関する1955年6月15日の条約の改正審議担当者が同条約に含めるか，別の条約にするかを定めることにして条約文を採択している。このことは同会議が，消費者売買の涉外取引において重要であることを認め，条約文を採択したというべきであろう。上記の日本の消費者保護法令との関係を考える必要がある。それで，条約文を以下に検討することにする。

第一に，本条約の適用対象の涉外取引の範囲を規定する（第1条）。

(1) 本条約は，本来個人用・家族用・家庭用に購入する動産の国際売買（the international sale of goods）に対する契約（contracts）に適用する。動産の売買に限定し，その上購入が本来個人・家族・家庭の用品を目的とすることに限定し，企業用品と区別したことは，消費者保護を達する

ためによい。たゞ国際的 (international) というより渉外的 (transnational) の方が事柄の本質に合うであろう。

(2) 販売者がその事業又は職業のうちに行うことおよび契約が締結される前に、商品が本来上記の使用のため購入されることを知って居たか又は知り得べきであったことを要件とする。販売者の利益を保護するため、この要件は妥当であろう。何故ならばすべての商品売買について消費者保護規定を適用することは、渉外取引の販売者にとっては酷であるからである。商品の品質自体上記の使用目的を具備する物例えば家庭用品があることを注意すべきである。

(3) 法の選択・裁判所の裁判権又は仲裁人に関する当事者の表明は、それだけでは売買契約に国際的性質を与えるのに十分でない。契約自体の渉外性を重視するのであろうか。このような注意規定は不必要と思われる。

(4) 本条約の目的上、製造物又は生産物を供給する契約は、供給者が必要材料の重要部分を供給することになっている限り、売買契約とみなす。製造物又は生産物の良否・価格は、消費者にとって重大なことであり、これらの供給が売買とみなされるかどうか疑問が生ずることが多いので、本条約の適用対象に明白に入れることは妥当である。

第二に、本条約にいう消費者を定義する (第2条)。本条約の目的上、本来個人用・家族用・家庭用に動産を購入する者を消費者という。これは、消費者をはっきり定義し、条約の対象者を明確にし、人により消費者の意義が異なり、広くは生活者又は国民一般と解されることもあり、本条約の適用がぼやけてくるのを避けた。消費者保護立法が消費者をはっきりしないでは、法の対象者が拡がり、却ってその保護の実を挙げてないのに比べて、よい条文だと思う。

第三に、動産が個人・家族・家庭の用途のため購入されたことについて、売主は知ってなかったこと又は知り得べきでなかったことは、売主が示すべきことである (第3条)。消費者にとって事実を立証することが困難であることを救う意味で妥当である。

第四に、本条約適用除外売買を規定する（第4条）。(a)競売・(b)強制執行又は法律を典拠とする売買・(c)株式・持分・投資証券・有価証券又は貨幣の売買・(d)その他の取引所の日用品の売買に本条約を適用しない。この適用除外は消費が財の用途に従い、つかいつくすことであるので、妥当である。

第五に、本条約の適用場所の範囲について、消費者の定居（habitual residence<sup>10)</sup>）を有した地方（pays; country）に限定する（第5条）。本条約は消費者の定居地方法主義を次条以下とともに採ったといえよう。本条約は、以下の場合に適用する。

(1) 売買交渉が主として消費者のその当時の定居地方において行われ、消費者がそこで契約締結のため必要な措置をとった場合

(2) 売主又はその代表者・代理店又は商事外交員が消費者のそのときの定居地方で注文を受けた場合

(3) 注文が定居地方において消費者宛特定の誘引が先行したか又は注文がその地方において若しくは向けて企てられた広告その他の市場活動が先行した場合であって、その地方で消費者が契約締結のためその立場で必要な措置をとった場合

(4) 消費者がその定居地方から他の地方へ旅行し、そこで注文した場合、ただし、その旅行が直接又は間接に消費者に購入の勧誘をする目的で企画されたことを要する。

場合を4つに分けて詳細に規定する必要があるだろうか？ 詳細に規定することによって却って意味が不明になる。「本条約は、消費者の定居地方において売買又はその誘引がなされた場合に適用する。」と規定するので十分であろう。

第六に、当事者による法の選択を規定する（第6条）。当事者に選択された国内法は、本条約の適用される契約を規律する。ただし、当事者による法の選択は、如何なる場合にも、注文を行った当時消費者の定居地方の国内法の強行規則により与えられた保護を奪われない（第1項）。当事者

の自治主義を認めるのであるが、第五条の定居地方主義との関係で国内強行法中消費者保護法に反することが出来ない旨規定した。この強行法の適用留保は、消費者保護の国内強行法を渉外公序にまで高めるのであろうか？ 当事者の選択準拠法にとってより重要な改正である。立案者の定居地方主義の強いあらわれと思われるが、当事者自治を無視できないので申訳として挿入したに過ぎないと判断される。渉外法のなかに渉外事項法と渉外選択法との区別のあるのを知らない立法であって、渉外事項法の中の強行規則例えば、キノホルム・染料などの有害商品の禁止規定は、渉外公序規定であって、当然に事項法として渉外取引に適用される。

次に法の選択は、明示し、かつ書面にしなければならぬ（第2項）。黙示の選択を認めて弊害がない。書面によることを要件としたのは、消費者にとって、選択を困難にし、不利益であろう。

法の選択に対する当事者の合意の存在・有効性・方式に関する問題は、当事者が注文を行った当時の定居地方の国内法により決定する（第3項）。この決定は、法律行為の成立及び効力に関する当事者自治主義（法例第7条参照）、法律行為の方式に関する効力法主義・行為地法主義（法例第8条参照）に対する本条約の採る定居地方法主義との関係が不明になる。

第七に、当事者による法の選択のないときは、消費者が注文を行った当時の定居地方の国内法が本条約の適用される契約を規律する（第7条）。売主を基準としない点は、消費者の定居地方主義のあらわれである。売主の方の法令が消費者の保護になることもあるので、この規定が必ずしも消費者を保護する結果にならない。

第八に、選択準拠法の規律事項を規定する（第8条）。第6条第1項又は第7条の規定による契約の準拠法は、特に次の事項を規律する。

- (a) 契約の方式。<sup>11)</sup>
- (b) 契約の存在及び有効性。
- (c) 契約の解釈。
- (d) 契約の無効の効果。

(e) 損害額の算定を含む契約不履行の効果。たゞし、裁判所は類似事件においてその裁判所特有の法律において与えない救済を与えることを要しない。

この第8条の規定は、無用であるばかりでなく、誤解を招くに過ぎない。殊に本条約より強度の保護を与えている場合には、選択準拠法によるのであろう。選択準拠法の保護が弱いか又は保護が無い場合には、定居地法によるというのであろう。国内強行法の回避を消費者売買に認めないことになる。法の回避問題に対する根本問題にふれる。法の回避について、法の選択の場合には、問題にならないで、公序により解決することがあるとの多数見解に反することになるだろう。<sup>12)</sup>

第九に、第6条と第7条の適用除外事項を規定する(第9条)。すなわち、第6条と第7条とは、(a)当事者の能力、(b)当事者以外の者に関する契約の効力に適用しない。

この第9条も当然のことで、規定する必要がない。

第十に、本条約によって特定された法は、その適用が公序と明らかに反する場合にのみ、適用しない(第10条)。この規定は、各国にある法例第30条のような規定を条約の範囲で条約上の公序にするのだが、本条約第6条第1項の強行法と関連して、公序問題を明瞭にする必要がある。

本条約全体を通して定居地方法主義重視、当事者自治主義の軽視が見られる。定居地方が消費者にとって消耗品の売買に深い関係のある場所であることはわかる。しかし、定居(habitual residence)でなくて、居所(residence)でさえ消費者の消耗品の購入にとって重要であって、場所との関連性について定居と居所とを区別する必要性は、消耗品にとっては無い。消費者売買にとって適正な値段で良質の物品の取引が重要であって、物品の適正価・良質を保証することによって消費者が自づと保護される。勿論適正価には、分割払により消費者の実際支払価格が高くなり、苦しむことを防ぐ場合を保護することも含まれる。要は適正な取引を確保することが必要であって、契約の場合の意思の合致が事業者と消費者にとり

形式上対等でも、力関係で消費者に不利になって、実質上の対等を得られない。そこで意思の合致も実質上当事者の意思の合致をする必要がある。その意味で涉外取引においても当事者自治主義が形式上ばかりでなく実質上も対等になるようすべきで、実質上の当事者自治主義を無視できない。当事者の選択する消費者保護法が当事者の対等を実質上実現する場合は適用を認めるのは当然である。当事者の選択する任意法の内容についても、消費者に不利な任意法について、その効力を渉外公序により排除されるべきである。例えば企業者の優位は、企業者の制定する約款について、附従契約か自治法規か争があるが、消費者の無智、不注意のため約款の内容を知らないので、約款の内容をたやすく消費者にわからせることが必要である。約款の内容について、消費者の利益を不当に圧迫し、企業者の利益を守ることがないよう約款を法律上規制し、その法律に反する約款は、無効とするよう規定すべきで、涉外取引でも、この法律の規定を維持し適用するようにすべきである。更に、本条約が裁判や仲裁に触れているので、小額な紛争を含めて、紛争を迅速に低廉に解決できるよう、仲裁を規定する一ヶ条を設けるがよいだろう。<sup>13) 14)</sup>

〔注〕

- 10) 普通 **habitual residence** を常居所と訳しているが、妥当でない。定居と訳す方がいい。遺言の方式の準拠法に関する法律（昭和39年法律第100号）第2条四号、その解説越川・方式の準拠法、公証法学第9号41頁以下参照。
- 11) 越川・方式の準拠法、公証法学第9号1頁以下。
- 12) 越川・方式の準拠法、47頁以下。山本敬三・強行法の特別連結理論、ジュリスト増刊 国際私法の争点（法律学の争点シリーズ8）28頁、29頁には Wengler, *Die Anknüpfung des Zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*, 1941 を「法廷地法上の強行法規の地域的適用範囲は当該規定の目的からきめられるべきであり、この場合、強行法規は法廷地法が契約準拠法であるか否かに関係なく適用されることまた外国法上の強行法規がみずからその適用を欲し且つそれが当該債権関係と密接な関連をもち、また法廷地の公序が当該法規の適用を排除しない場合に、特別に連結さる。」旨の見解を採るとし、労働契約と為替規制を説明する。

13) ハーグ国際私法会議の第14会期の決議・条約案の正文を下にかゝげる。

La Décision suivante relative aux ventes aux consommateurs:

La Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé,

Ayant élaboré les articles reproduits ci-dessous, est convenue qu'il importe d'éviter dans la mesure du possible que ces articles soient remis en discussion;

Ayant décidé de porter à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence de La Haye la revision de la *Convention du 15 Juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, estime qu'il appartient aux négociateurs chargés de cette revision de se prononcer sur l'alternative suivante:

- incorporer les articles ci-après reproduits dans la nouvelle convention générale sur la vent,
- faire de ces articles l'objet d'une convention indépendante sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs, et adopte les articles suivants:

## [CONVENTION] SUR LA LOI APPLICABLE A CERTAINES VENTES AUX CONSOMMATEURS

### *Article premier*

La présente Convention est applicable à certains contrats de vente à caractère international de marchandises, achetées principalement pour un usage personnel, familial ou domestique, lorsque le vendeur agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, et qu'il a, à un moment quelconque avant la conclusion du contrat, su ou dû savoir que ces marchandises étaient achetées principalement pour un tel usage.

La seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre ne suffit pas à donner au contrat de vente un caractère international.

Pour l'application de la présente Convention sont assimilés aux ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir une part importante

The following Decision concerning consumer sales-

The Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law,

Having prepared the articles set forth below, has agreed on the importance of avoiding, so far as possible, any further debate on these articles;

Having placed on the agenda of future work for the Hague Conference the revision of the *Convention of 15th June 1955 on the law applicable to international sales of goods*, decides that those involved in the negotiation of this revision should determine whether-

- to include the articles set forth below in the new general convention on sales, or
  - to make these articles the subject-matter of a separate convention on the law applicable to consumer sales,
- and adopts the following articles-

[CONVENTION] ON THE LAW APPLICABLE TO CERTAIN CONSUMER SALES

*Article 1*

This Convention shall apply to certain contracts for the international sale of goods bought primarily for personal, family or household use, where the seller acts in the course of his business or profession and where at any time before the contract was entered into, he knew or ought to have known that the goods were being bought primarily for any such use.

The declaration of the parties relative to choice of law or the jurisdiction of a court or arbitrator is not by itself sufficient to confer upon a contract of sale an international character.

For the purpose of this Convention, contracts to supply goods to be manufactured or produced shall be considered as contracts of sale, provided that the supplier is to furnish a substantial part of the necessary mate-



des matières premières nécessaires.

*Article 2*

Aux fins de la présente Convention, la personne qui achète des marchandises principalement pour un usage personnel, familial ou domestique est appelée le consommateur.

*Article 3*

Il incombe au vendeur d'apporter la preuve qu'il n'a pas su ou dû savoir que les marchandises ont été achetées principalement pour un usage personnel, familial ou domestique.

*Article 4*

La Convention ne s'applique pas aux:

- a* ventes aux enchères;
- b* ventes sur saisie ou par autorité de justice;
- c* ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaie;
- d* ventes réalisées dans un marché de bourse.

*Article 5*

La Convention ne s'applique que dans les suivants:

- 1 les pourparlers en vue de la vente ont été principalement menés dans le pays ou le consommateur avait alors sa résidence habituelle et ce dernier a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat;
- 2 le vendeur, son représentant, agent ou commis voyageur a reçu la commande dans le pays ou le consommateur avait alors sa résidence habituelle;
- 3 la commande a été précédée d'une proposition spécialement adressée au consommateur dans le pays de sa résidence habituelle, ou bien de toute forme de publicité ou de prospection commerciale, entreprise dans ce pays ou dirigée vers celui-ci, et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat;
- 4 le consommateur s'est rendu dans un pays étranger à partir du pays de sa résidence habituelle et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été directement ou indirectement organisé par le vendeur

rials.

#### *Article 2*

For the purpose of this Convention. a person who buys goods primarily for a personal, family or household use, is hereinafter referred to as the consumer.

#### *Article 3*

It is for the seller to show that he neither knew nor ought to have known that the goods were being bought primarily for personal, family or household use.

#### *Article 4*

The Convention shall not apply to sales—

- a* by auction;
- b* by way of execution or otherwise by authority of law;
- c* of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;
- d* on commodity of other exchanges.

#### *Article 5*

The Convention shall apply only in the following cases—

- 1 the negotiations for the sale were conducted mainly in the country in which the consumer then had his habitual residence and the consumer there took the steps necessary on his part for the conclusion of the contract;
- 2 the seller or his representative, agent or commercial traveller received the order in the country in which the consumer then had his habitual residence;
- 3 the order was preceded by a specific invitation addressed to the consumer in the country of his habitual residence, or by advertising or other marketing activities undertaken in, or directed to, that country, and the consumer there took the steps necessary on his part for the conclusion of the contract;
- 4 the consumer travelled from the country of his habitual residence to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was directly or indirectly arranged by the seller for the purpose

dans le but d'inciter le consommateur à un achat.

*Article 6*

La loi interne choisie par les parties régit les contrats visés par la Convention. Néanmoins, le choix des parties ne peut en aucun cas priver le consommateur de la protection que lui accordent les dispositions impératives de la loi interne du pays de sa résidence habituelle au moment de la commande.

La loi choisie doit faire l'objet d'une désignation expresse et par écrit. Les conditions relatives à l'existence, à la validité et à la forme du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par la loi interne du pays de la résidence habituelle du consommateur au moment de la commande.

*Article 7*

A défaut de loi déclarée applicable par les parties, la loi interne du pays de la résidence habituelle du consommateur au moment de la commande régit les contrats visés par la Convention.

*Article 8*

La loi applicable au contrat en vertu des articles 6. alinéa premier, ou 7 régit notamment:

- a* sa forme;
- b* son existence et sa validité;
- c* son interprétation;
- d* les conséquences de sa nullité;
- e* les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation du dommage; néanmoins, le juge n'est pas tenu d'ordonner une réparation qu'il n'accorderait pas selon sa propre loi dans une situation semblable.

*Article 9*

Les articles 6 et 7 ne régissent pas:

- a* la capacité des parties;
- b* les effets du contrat à l'égard de toute personne autre que les parties.

of inducing the consumer to buy.

#### *Article 6*

The internal law chosen by the parties shall govern a contract to which the Convention applies. However, a choice of law made by the parties shall in no case deprive the consumer of the protection afforded by the mandatory rules of the internal law of the country in which he had his habitual residence at the time the order was given.

The choice of law must be express and in writing.

Questions relating to the existence, validity and form of the consent of the parties to the choice of law shall be determined in accordance with the internal law of the country in which the consumer had his habitual residence at the time the order was given.

#### *Article 7*

In the absence of a choice of law by the parties, the internal law of the country in which the consumer had his habitual residence at the time the order was given shall govern a contract to which the Convention applies.

#### *Article 8*

The law applicable to a contract pursuant to Article 6, paragraph 1, or Article 7 shall govern in particular—

- a* the form of the contract;
- b* the existence and validity of the contract;
- c* the interpretation of the contract;
- d* the consequences of the invalidity of the contract;
- e* the consequences of non-performance of the contract, including the assessment of damages; however, a court need not give relief that would not be given under its own law in a similar case.

#### *Article 9*

Articles 6 and 7 shall not apply to—

- a* the capacity of the parties;
- b* the effects of the contract as regards any person other than the parties.

*Article 10*

L'application d'une loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

La Déclaration et la Recommandation suivantes relatives au domaine de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 juin 1955:

I DECLARATION

Les Etats présents à la Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Conscients de l'existence aujourd'hui, dans beaucoup de pays, de mesures de protection des consommateurs.

Constatant que les intérêts des consommateurs n'ont pas été pris en considération lorsque la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* a été négociée. Reconnaisant le souhait de certains Etats qui ont ratifié cette Convention de voir régir les ventes aux consommateurs par des règles particulières sur la loi applicable,

Déclarent que la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* ne met pas obstacle à l'application par les Etats parties de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs.

II RECOMMANDATION

La Conférence recommande aux Etats parties à la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, qui soumettraient les ventes aux consommateurs à des règles particulières sur la loi applicable, d'en informer le Bureau Permanent.

*Article 10*

The application of a law specified by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

The following Declaration and Recommendation relating to the scope of the Convention on the law applicable to international sales of goods<sup>1</sup> concluded June 15th, 1955—

**I DECLARATION**

The States present at the Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law,

Conscious of the existence today in many countries of measures protecting consumers,

Considering that the interests of consumers were not taken into account when the *Convention of 15th June 1955 on the law applicable to international sales of goods* was negotiated.

Recognizing the desire of certain States which have ratified that Convention to have special rules on the law applicable to consumer sales.

Hereby declare that the *Convention of 15th June 1955 on the law applicable to international sales of goods* does not prevent States Parties from applying special rules on the law applicable to consumer sales.

**II RECOMMENDATION**

This Conference recommends that States Parties to the *Convention of 15th June 1955 on the law applicable to international sales of goods*, which apply special rules on the law applicable to consumer sales, inform the Permanent Bureau of this fact.

14) 服部弘・半田信行・わが国における国際商事仲裁の近況 (NBL, No. 231, 1981. 4. 15 発行, 38頁以下) によると昭和51年から5年間に国際商事仲裁協会の受理新件は31件で, うち国内事件は, 2件 (ただし当事者の一方はいずれも外資系国内会社) であり, 他はすべて涉外事件であると記載されており, 仲裁が涉外事件に果たしている役割がうかがえよう。越川・民事訴訟法第八編仲裁手続の改正, 中京法学第15巻第1号15頁参照。

## む す び

涉外取引では, 企業の社会生活に及ぼす影響が国内企業の場合より拡大されることが多い。従って今後, 涉外取引に対する行政権の介入は, 一国ばかりでなく, 多数の国により行われる。その場合, 外交交渉も有力だが, 統一法により行政権の介入が行われるのが理想だが, 出来ない場合には条約による。条約も無い場合は, 各国の涉外法の適用ということになる。法の選定法則を涉外法の体系の中におり込み, 涉外法の目的により実質的に準拠法を選択する外ない。従って涉外民事取引法と涉外行政法の交錯の問題は今後ますます重要になり解決を要することになるだろう。人間は生存するため, 涉外社会の維持発展が必要で, 所属社会だけでは人間らしい生存を望めない。行政権の介入による涉外取引の問題は, 涉外取引社会の維持発展の目的の下に解決されることになるだろう。

附記: 本稿の意見は筆者の考えを述べたもので, 国又は政府機関の意見でないことを断っておく。(昭和56年5月11日稿了)